

# LA APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO Y EL DERECHO SUCESORIO

Autor:  
Medina, Graciela

Cita: RC D 877/2017

**Tomo: 2015 1 Prescripción. Aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones preexistentes**

Revista de Derecho Privado y Comunitario

## Sumario:

1. Introducción. 2. Efectos de la ley con relación al tiempo en el Código Civil y Comercial de la Nación. 3. Análisis del artículo 7º del Código Civil y Comercial unificado. 4. Concepto de situación y relación jurídica. 4.1. Situación jurídica. 4.2. Estados en que se puede encontrar la situación jurídica. 5. Efecto inmediato. 5.1. Regla general. 5.2. Concepto de consecuencias. 5.3. Consecuencias a las que se aplicará el Código Civil y Comercial de la Nación. 6. Valor del testamento cerrado y los testamentos especiales. ¿Qué valor tienen los testamentos cerrados realizados antes del 1º de agosto de 2015 cuando el causante muere con posterioridad a tal fecha? 7. Derechos sucesorios del cónyuge separado inocente. ¿Qué derechos sucesorios tiene el cónyuge declarado inocente por sentencia judicial? 8. Pactos sobre herencia futura. 9. La desheredación. ¿Qué derechos tiene el heredero desheredado por un testamento anterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial que suprime el instituto de la desheredación? 10. Derecho real de habitación. ¿Qué ley se aplica a los juicios en los que se discute el derecho real de habitación? ¿Las normas del Código Civil o las del CCyC? ¿Desde cuándo tiene derecho real de habitación la conviviente? ¿Desde cuándo se considera que el derecho real de habitación se adquiere de pleno derecho y no se pierde por el nuevo matrimonio del causante? 10.1. ¿Qué ocurre si la cónyuge superviviente se vuelve a casar antes de la apertura del proceso sucesorio y abierto éste después del 1º de agosto de 2015 plantea que rige el CCyC y que su matrimonio no le hace perder el derecho real de habitación del cónyuge superviviente? 10.2. ¿Puede la conviviente superviviente invocar el derecho real de habitación contemplado en el artículo 527 alegando una convivencia por más de dos años iniciada antes de la vigencia del Código Civil y Comercial? 10.3. ¿Puede la conviviente alegar el derecho real de habitación cuando el causante falleció con anterioridad al 1º de agosto de 2015? 10.4. ¿Puede el viudo invocar que el derecho real de habitación se constituye de pleno derecho en los procesos en trámite en los cuales se discute la prioridad de derechos entre los acreedores y el cónyuge titular del derecho real de habitación iniciado? 11. La legítima. 12. La acción de reducción. 13. Aplicación de la ley en el tiempo y proceso sucesorio. 14. Determinación de los sucesores. La capacidad para suceder de los embriones no implantados. 15. Conclusión.

## LA APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO Y EL DERECHO SUCESORIO

### 1. Introducción

El Código Civil y Comercial unificado contiene muy pocas normas específicas que den respuesta a la cuestión de la aplicación de la nueva legislación a las situaciones y relaciones jurídicas nacidas bajo el amparo del Código Civil [\[1\]](#). Esto constituye un motivo de muchísima preocupación en los operadores del Derecho, máxime cuando desde la doctrina se dan soluciones diametralmente [\[2\]](#) opuestas con un excelente nivel de fundamentación, lo que agrega un nuevo factor más de inquietud a la implementación del sistema de Derecho Privado argentino, que no cuenta con un soporte procedimental idóneo, que carece de una organización registral apropiada para ponerlo en funcionamiento, y que además no tiene el más mínimo acuerdo doctrinario en cuanto a la aplicación de la ley en el tiempo.

La falta de normas sobre Derecho transitorio resulta preocupante en todo el nuevo ordenamiento, pero más alarmante se presenta en la regulación de la familia y de las sucesiones porque hay instituciones que desaparecen completamente y otras que son absolutamente nuevas. Por lo tanto, se abre el interrogante acerca de qué sucede con las relaciones o situaciones jurídicas establecidas válidamente bajo el régimen anterior y que son suprimidas por el Código nuevo. Así, por ejemplo, el instituto de la desheredación deja de existir, como así

---

también se suprime el derecho hereditario de la nuera viuda sin hijos, desaparecen el testamento cerrado y los testamentos especiales, las legítimas se modifican y surgen nuevas causales de indignidad, lo que mueve al intérprete a preguntarse sobre la forma de compatibilizar la supresión de los institutos con los derechos de los herederos. Por otra parte, el Código guarda silencio sobre el destino a dar a los juicios en trámite tanto en primera como en segunda instancia; a ello se agrega la regulación del proceso sucesorio nacional que hay que compatibilizar con las normas procesales provinciales que regulan el aspecto procesal del fenómeno sucesorio. A fin de dar respuestas a estas cuestiones comenzaremos por analizar las reglas generales contenidas en el Código Civil y Comercial sobre aplicación temporal de las normas y luego formularemos los interrogantes y trataremos de sugerir soluciones en base a las reglas que propone el Código unificado.

## **2. Efectos de la ley con relación al tiempo en el Código Civil y Comercial de la Nación**

En el sistema actual los efectos de la ley en el tiempo están contemplados en el artículo 3° del Código Civil; en el Código Civil y Comercial unificado se encuentran previstos en el artículo 7°.

Ambos textos son muy similares, con lo cual la doctrina y la jurisprudencia nacidas al amparo del Código Civil vigente van a tener aplicación en el futuro [3].

A continuación compararemos los dos textos.

Código Civil: Art. 3° - A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias (Artículo sustituido por art. 1° de la ley 17.711, B. O. del 26-4-68. Vigencia: a partir del 1-7-68).

Código Civil y Comercial de la Nación: Art. 7° - *Eficacia temporal*. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

Como se advierte, la nueva norma corrige defectos de redacción de la anterior, mantiene su esencia y agrega una disposición específica con respecto a los contratos de consumo.

## **3. Análisis del artículo 7° del Código Civil y Comercial unificado**

El nuevo artículo 7° contiene cuatro reglas, que son:

Aplicación o efecto inmediato de las nuevas leyes a las situaciones y relaciones jurídicas en curso;

principio de irretroactividad salvo disposición legal en contrario;

límite de la retroactividad dado por los derechos amparados por la Constitución;

inaplicabilidad de las nuevas leyes supletorias a los contratos celebrados con anterioridad a ellas. Con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

## **4. Concepto de situación y relación jurídica**

Previamente a analizar las reglas antes identificadas creemos conveniente precisar qué son situación y relación jurídica.

La teoría de la situación jurídica y el principio inmediato de la ley nueva fue desarrollada por el jurista francés Roubier en 1929, fecha en que publicó su artículo sobre la ley con relación al tiempo, que luego plasma en su libro *El Derecho transitorio. Conflictos de la ley en el tiempo* [4].

En una primera aproximación a esta doctrina podemos decir que ella se construye sobre la base de las ideas de irretroactividad de la ley respecto de los hechos cumplidos y de efecto inmediato de la ley sobre las situaciones jurídicas.

---

## 4.1. Situación jurídica

Es la posición que ocupa un individuo frente a una norma de Derecho o a una institución jurídica determinada. Este concepto es claramente superior al de derecho adquirido, por cuanto está desprovisto de todo subjetivismo y carácter patrimonial. La situación jurídica es la posición del individuo frente a una norma o institución, donde se comprenden situaciones como las del dueño, casado, soltero, persona con salud mental disminuida, incapaz, etcétera.

## 4.2. Estados en que se puede encontrar la situación jurídica

Para Roubier [5] la situación jurídica se puede encontrar:

Constituida.

Extinguida.

En curso. Esto es en el momento de producir sus efectos.

El autor que venimos citando señala que la solución para determinar la retroactividad o la irretroactividad de una ley consiste en distinguir entre:

Situación jurídica constituida y extinguida, en cuyo caso no hay problema, ya que a ellas no les afecta la nueva ley. Si la nueva ley dispusiera expresamente que estas situaciones queden bajo su imperio, tal ley tendría carácter retroactivo.

Situaciones en curso: ellas van a quedar sometidas a la nueva ley producto de su efecto inmediato. Si la nueva ley ordena que las nuevas situaciones sigan bajo el imperio de la antigua ley, se estaría derogando el efecto inmediato y aplicando el efecto diferido o ultraactividad de la ley.

Roubier recurrió a la idea de "situación jurídica" estableciendo que ésta tiene una faz estática y una faz dinámica, señalando que en la "faz dinámica se aplica el principio del efecto inmediato de la ley nueva".

El texto del Código Civil y Comercial alude a situación y relación jurídica, al igual que lo hace el artículo 3° del Código Civil vigente. En este sentido tenemos que tener en cuenta que la doctrina de la relación jurídica distingue etapas: la constitución de una relación jurídica; los efectos de una relación jurídica anteriores a la entrada en vigencia de una nueva ley; los efectos posteriores a esa entrada en vigencia, y la extinción de la relación jurídica. La relación jurídica es un vínculo jurídico entre dos o más personas, del cual emanan deberes y derechos. Lo característico de la relación jurídica es que tienen un momento en que ella se crea, luego produce sus efectos, y finalmente se extingue.

Hay relaciones que se extinguen inmediatamente después de producidos los efectos. Pero otras relaciones jurídicas producen sus efectos durante un cierto período de tiempo (arrendamiento, préstamo, en general los contratos de duración). La doctrina de la relación jurídica establece criterios especialmente útiles para estas relaciones de larga duración, distinguiendo su constitución, sus efectos y su extinción:

- a) En cuanto a su constitución: las relaciones jurídicas constituidas bajo una ley persisten bajo la ley nueva aunque ésta fije nuevas condiciones para dicha constitución.
- b) En cuanto a los efectos, se rigen por la ley vigente al momento en que estos efectos se producen, de modo que los efectos pasados se rigen por la ley antigua y los futuros por la ley nueva.
- c) En cuanto a la extinción, se rige por la ley vigente al momento en que ésta ocurre.

## 5. Efecto inmediato

### 5.1. Regla general

El régimen del Código Civil y Comercial conserva el sistema adoptado por el Código Civil después de la reforma de la ley 17.711, esto es, el de la aplicación inmediata de la nueva ley, tanto a las situaciones y relaciones jurídicas que nazcan con posterioridad a ella como a las consecuencias de las situaciones y relaciones jurídicas existentes al tiempo de entrada en vigor del nuevo texto legal.

---

## 5.2. Concepto de consecuencias

Las consecuencias son todos los efectos -de hecho o de derecho- que reconocen como causa a una situación o relación jurídica existente.

## 5.3. Consecuencias a las que se aplicará el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial de la Nación se aplicará a las consecuencias que se produzcan después de su sanción. Estas reglas, que parecen tan claras en términos generales, y sobre las cuales los autores concuerdan, no son fáciles de poner en la práctica frente a situaciones concretas, como lo demuestra el debate doctrinario que se ha suscitado en torno a la cuestión.

Vamos a tratar de explicar lo antedicho con relación a diferentes aspectos del Derecho Sucesorio conforme los cambios o supresiones que se han dado en los institutos que existían bajo el amparo del Código de Vélez.

## 6. Valor del testamento cerrado y los testamentos especiales. ¿Qué valor tienen los testamentos cerrados realizados antes del 1° de agosto de 2015 cuando el causante muere con posterioridad a tal fecha?

El Código Civil regulaba el testamento cerrado y los testamentos especiales, mientras que el Código unificado no admite estas formas testamentarias.

Ninguna duda cabe que desde el 1° de agosto en adelante no se podrá testar por testamento cerrado. La cuestión que plantea preguntas es la determinación del valor a dar a los testamentos cerrados realizados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo ordenamiento iusprivatista argentino cuando la sucesión se abra con posterioridad a la muerte, teniendo en cuenta que el principio general es que el Derecho Sucesorio se rige por la ley vigente al momento de la muerte del causante [6].

La respuesta a dar a esta cuestión ha de encontrarse en lo dispuesto por el artículo 2472 del Código unificado que establece una clara directiva sobre la ley que rige la forma testamentaria, señalando que "La ley vigente al tiempo de testar rige la forma del testamento".

Esta solución jurídica viene del Derecho Romano y es explicada por Roubier diciendo que "entre el momento del testamento y el momento de la muerte del testador se está frente a una situación en curso de formación, que admite que para las formas testamentarias se aplique la ley del día de la fecha del testamento mientras que para el contenido del testamento se aplique la ley de la muerte del causante" [7].

Lo que ocurre es que las soluciones en derecho testamentario son complejas porque requieren de dos elementos, el primero es la existencia de un testamento válido y el segundo la muerte del causante.

Antes de la muerte el testamento no ha generado ningún efecto jurídico y el mismo puede ser revocado hasta el instante mismo del deceso, pero una vez producida la muerte lo que se debe determinar es qué efecto tiene el testamento redactado con una forma válida al momento de su confección pero inválida al momento del deceso. Y esto nos lleva a interrogarnos si se puede obligar al testador a adecuar su voluntad a las nuevas formas testamentarias o si, habiendo testado por una forma válida, no tiene obligación de cambiar la forma de expresar su voluntad testamentaria.

La solución a este interrogante ha sido uniforme desde el Derecho Romano, donde se estableció que la ley que determinaba la validez o invalidez de la forma de los testamentos era la ley vigente al momento de su redacción. Esta solución puede ser discutida pero lo cierto es que es la adoptada por la generalidad de los Derechos de la familia continental europea, entre ellas por la ley transitoria holandesa de 1833, por las disposiciones de las leyes transitorias del Código italiano, y es también la solución aceptada por la jurisprudencia francesa [8].

*La razón de esta solución es que la forma de un acto debe ser regida por la ley en vigencia al momento de su dictado porque no se le puede exigir a una persona que no adopte formas prohibidas por una ley posterior. Así, no se le puede exigir a quien testó en julio de 2014 que no testara por testamento cerrado cuando tal forma era válida en ese momento.*

En otros términos, la ley de la forma testamentaria es esencialmente la ley actual, aunque los derechos resultantes del acto no sean irrevocablemente asegurados en virtud de la revocabilidad propia del testamento; lo que importa es que el testamento era perfecto en cuanto a su forma de conformidad a la ley que estaba en vigor al tiempo de su dictado.

*La consecuencia* de lo dispuesto en el artículo 2472 del Código unificado es que el testamento que era válido en

---

cuanto a su forma al tiempo de su dictado no deviene nulo porque una nueva ley cambie la forma, y viceversa, el testamento nulo en cuanto a su forma al tiempo de su dictado no se transforma en un testamento válido porque la forma se cambie al momento de la apertura de la sucesión.

*La solución del legislador es razonable* ya que otra posibilidad hubiera sido exigir que el testador rehaga su testamento de acuerdo a las nuevas formas aceptadas por el Código Civil y Comercial unificado, pero tal solución sería irrazonable ya que el testador que hubiera perdido la capacidad de testar por una incapacidad mental no podría adecuar la forma testamentaria.

## **7. Derechos sucesorios del cónyuge separado inocente. ¿Qué derechos sucesorios tiene el cónyuge declarado inocente por sentencia judicial?**

En el régimen del Código Civil el cónyuge separado inocente tenía vocación hereditaria. Esto nos lleva a preguntarnos qué derechos sucesorios le corresponden al cónyuge declarado inocente por sentencia judicial cuando entre a regir el Código unificado que elimina el instituto de la separación judicial y deja de lado toda referencia a culpabilidad e inocencia en el divorcio vincular.

El cónyuge separado personalmente, cuya sentencia haya declarado su inocencia, no podrá hacerla valer en orden a los derechos hereditarios toda vez que el CCyC en su artículo 2437 dispone que "El divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges".

El legislador no ha dejado este tema librado a la interpretación judicial sino que ha establecido claramente que el cónyuge separado inocente carece de vocación hereditaria conyugal.

La solución dada por el artículo 2437 responde a los principios de que las sucesiones se rigen por la ley vigente al tiempo de su apertura y que los derechos hereditarios son eventuales y sólo se adquieren definitivamente al momento de la muerte del causante, ya que antes de su muerte la sentencia de inocencia sólo le confiere una expectativa.

Ésta es la solución que había dado la jurisprudencia cuando se discutió este tema al tiempo del dictado de la Ley de Divorcio Vincular 23.515 al decir: "La reforma introducida por la ley 23.515 en el artículo 3574, último párrafo del Código Civil, que consagra la pérdida de la vocación hereditaria de los cónyuges con el dictado de la sentencia que decreta el divorcio vincular o convierte la separación personal en este último, se aplica a las sucesiones en las que el fallecimiento del causante tuvo lugar luego de su entrada en vigencia, aun cuando la resolución judicial que disolvió el vínculo se haya dictado con anterioridad al cambio legislativo, pues el derecho de los cónyuges a suceder es una mera expectativa que se consuma recién con el deceso del otro esposo" [\[9\]](#). En definitiva, la disposición del artículo 2437 encuentra su fundamento en que la vocación hereditaria entre los cónyuges se basa en la subsistencia del vínculo matrimonial. Y como la finalización del matrimonio por separación importa la desaparición del fundamento objetivo de la vocación hereditaria, su conservación sin correspondencia con la comunidad de vida y efectos que da razón de ser y sustento al llamamiento sería, al cabo, una pura especulación patrimonial.

## **8. Pactos sobre herencia futura**

La prohibición de los contratos sobre herencia futura estaba consagrada en el artículo 1175 del Código Civil. Ella estaba prevista también en todos los proyectos de reforma. El Código Civil y Comercial incorpora una excepción que no reconoce antecedentes en los proyectos nacionales precedentes.

Los pactos sobre herencia futura relacionados con las empresas familiares reconocen antecedentes en el Código Civil de Cataluña y en el Código Civil italiano a partir de la reforma introducida en el año 2006.

El artículo 1010 concretamente dice: "La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa.

"Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros".

---

La cuestión a determinar es desde cuándo son válidos estos contratos que nacieron como contratos nulos, dado que se trataba de pactos sobre herencia futura. Pensamos que a partir del 1° de agosto tales convenios son válidos, aun cuando hubieran nacido originalmente nulos. Aplicamos supletoriamente aquí el artículo 2466 que señala que el contenido del testamento, su validez o nulidad se juzga a partir de la muerte del testador. Sabemos que los pactos sobre herencia futura no son testamentos, pero ante una respuesta clara a la aplicación transitoria del derecho en estos casos nos inclinamos por su invalidez aplicando por analogía el artículo 2466, teniendo en cuenta que esta respuesta es la que condice mejor con la finalidad de la norma, y la finalidad de estos pactos es la conservación de la unidad de la gestión empresarial o la prevención o solución de conflictos.

### **9. La desheredación. ¿Qué derechos tiene el heredero desheredado por un testamento anterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial que suprime el instituto de la desheredación?**

El Código unificado suprime el instituto de la desheredación, lo que nos lleva a preguntarnos sobre la situación del heredero que ha sido desheredado por un testamento anterior a la entrada en vigencia del Código unificado. Acá la solución es diferente a la dada sobre la validez del testamento cerrado o de los testamentos especiales, después de la entrada en vigor del nuevo ordenamiento privado argentino.

Es que en el caso del *testamento cerrado* estamos frente a la determinación de la validez de una *forma testamentaria* válida al tiempo de su dictado e inexistente al momento de la apertura de la sucesión, supuesto que ya dijimos se rige por la ley vigente al tiempo de su dictado; mientras que la *desheredación es una cuestión de contenido* y se rige por la ley vigente al tiempo de la apertura de la sucesión.

La solución es la dada por el artículo 2466 que dice: "El contenido del testamento, su validez o nulidad, se juzga según la ley vigente al momento de la muerte del testador".

Así el heredero desheredado se verá en principio beneficiado por la entrada en vigor del nuevo Código salvo que sea declarado indigno.

La justificación a esta solución está dada porque se trata de una disposición de última voluntad que tiene efecto después de la muerte y que hasta ese momento debe adecuar su contenido a los cambios de la legislación [\[10\]](#).

### **10. Derecho real de habitación. ¿Qué ley se aplica a los juicios en los que se discute el derecho real de habitación? ¿Las normas del Código Civil o las del CCyC? ¿Desde cuándo tiene derecho real de habitación la conviviente? ¿Desde cuándo se considera que el derecho real de habitación se adquiere de pleno derecho y no se pierde por el nuevo matrimonio del causante?**

El artículo 3573 bis del Código Civil establecía que "Si a la muerte del causante éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias".

El mencionado artículo consagraba el derecho de habitación vitalicio y gratuito que tenía el cónyuge supérstite sobre la vivienda que hubiere constituido el hogar conyugal. Para que fuera aplicable este derecho se requería: que el causante dejara un solo inmueble habitable; que sea integrante del haber hereditario; que aquel inmueble hubiera constituido el hogar conyugal; que su estimación no sobrepasara el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia; que el cónyuge supérstite hubiera concurrido con otras personas con vocación hereditaria o como legatarios. Al no operar de pleno derecho, debía hacerse valer por el interesado a partir de la apertura de la sucesión y hasta la partición, debiendo ser reconocido judicialmente, e inscripto en el Registro de la Propiedad para ser oponible a terceros. Asimismo, ese derecho se perdía si el cónyuge supérstite contraía nuevas nupcias, o si aceptaba la partición del inmueble o su venta.

En cambio, el nuevo artículo 2383 del CCyC establece: "*Derecho real de habitación del cónyuge supérstite*. El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante".

Ahora el artículo 2383 prevé que el DRHCS opere de pleno derecho, y elimina los siguientes requisitos: que se trate de un solo inmueble, habitable, integrante del haber hereditario, y que su estimación no sobrepase el

---

indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia. A su vez, no está previsto el supuesto de extinción en caso de que el cónyuge supérstite contraiga nuevo matrimonio [11].

Por otra parte, la conviviente podrá invocar derecho real de habitación sobre la vivienda que ocupaba durante la vigencia de la unión convivencial, conforme el artículo 527: "El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante. Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta".

La nueva regulación que protege la vivienda del cónyuge y del conviviente supérstite nos plantea diferentes interrogantes, referidos a la aplicación de la ley en el tiempo.

### **10.1. ¿Qué ocurre si la cónyuge supérstite se vuelve a casar antes de la apertura del proceso sucesorio y abierto éste después del 1° de agosto de 2015 plantea que rige el CCyC y que su matrimonio no le hace perder el derecho real de habitación del cónyuge supérstite?**

Creemos que en el tema es aplicable el artículo 2644 del CCyC que establece que la sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento, "de lo que se deriva que el DRHCS se rige por la ley vigente al momento de la apertura de la sucesión" [12] y en consecuencia entendemos que la cónyuge supérstite pierde su derecho real de habitación si celebró nupcias antes de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Privado.

### **10.2. ¿Puede la conviviente supérstite invocar el derecho real de habitación contemplado en el artículo 527 alegando una convivencia por más de dos años iniciada antes de la vigencia del Código Civil y Comercial?**

En este caso se mezclan dos cuestiones jurídicas diferentes, una es la ley aplicable a la capacidad de los herederos para suceder y la otra, la aplicación en el tiempo de los efectos de la unión convivencial.

Respecto al tema de la ley que rige la capacidad para suceder cabe señalar que el Código Civil decía en su artículo 3286 que "La capacidad para suceder es regida por la ley del domicilio de la persona al tiempo de la muerte del autor de la sucesión", mientras que el CCyC establece en su artículo 2644 en cuanto al Derecho aplicable que "La sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento".

De allí que para determinar la capacidad para suceder de la conviviente habrá que estar a la ley del lugar donde murió el causante. Si éste murió en un país donde la conviviente tiene derechos sucesorios, parece que la conviviente tendrá el derecho real de habitación por ser una sucesora.

La respuesta a la cuestión relativa a cuándo la convivencia comienza a tener efectos no es fácil de resolver.

Por un lado, Kemelmajer de Carlucci sostiene que si la convivencia se inició antes de la entrada en vigencia del CCyC y ya llevaba dos años al momento de la muerte del causante, el o la conviviente pueden solicitar el derecho real de habitación del conviviente supérstite, porque la ley se aplica a las consecuencias de estas relaciones. Por esta razón concluye afirmando que "La atribución de la vivienda en caso de muerte prevista en el artículo 527 rige si el conviviente muere después de la entrada en vigencia del CCyC" [13].

Por su parte, Roveda dice que el artículo 510 del CCyC no resuelve desde cuándo comienza el reconocimiento de los efectos jurídicos a estas uniones; pueden darse dos respuestas: puede ser que la unión sólo tenga efectos hacia el futuro desde el momento en que se cumplan los dos años, o que la unión tenga efectos retroactivos a su comienzo cuando la pareja alcance unida el término previsto.

### **10.3. ¿Puede la conviviente alegar el derecho real de habitación cuando el causante falleció con anterioridad al 1° de agosto de 2015?**

Al respecto cabe recordar que la Cámara Nacional Civil de la Capital tiene dictado un plenario que establece que

---

el artículo 3573 bis no es reconocido al cónyuge supérstite cuando el causante falleció con anterioridad a la sanción de la ley 20.798 [14].

Si trasladamos analógicamente este plenario al derecho de habitación del conviviente, podemos afirmar que este derecho no es reconocido cuando el causante conviviente falleció con anterioridad al 1° de agosto del año 2015.

El fundamento de lo antedicho se encuentra en:

-Que por imperio de las normas legales que rigen la institución, el heredero es propietario de la herencia desde la muerte del causante, en razón de que la muerte, la apertura y la transmisión de la herencia operan en el mismo momento de pleno derecho.

-Que al producirse la muerte queda constituida la situación jurídica, que es de efectos instantáneos, razón por la cual los derechos de los concurrentes a la sucesión deben ser juzgados por la ley que impera en ese instante, por tratarse precisamente de una situación jurídica consumada y no en curso de desarrollo.

-Que el derecho de habitación del conviviente importa la constitución de un gravamen que afecta la cosa que es también de propiedad de los restantes coherederos.

-Que habiéndose constituido la situación jurídica bajo el régimen anterior a la sanción del Código unificado, la transmisión se produjo sin el derecho de habitación a favor del conviviente, vale decir sin restricción o gravamen alguno.

-Que, sin perjuicio de la respectiva garantía constitucional (art. 17, Const. Nac.) y de acuerdo a las razones expuestas, la aplicación retroactiva de la ley -que no fue prevista por la misma- importaría afectar el dominio así recibido.

Cabe concluir que el artículo 527 del Código unificado no puede aplicarse cuando el causante falleció antes de la puesta en vigencia del CCyC, por cuanto la solución contraria implicaría una aplicación retroactiva de la ley.

#### **10.4. ¿Puede el viudo invocar que el derecho real de habitación se constituye de pleno derecho en los procesos en trámite en los cuales se discute la prioridad de derechos entre los acreedores y el cónyuge titular del derecho real de habitación iniciado?**

La solución en el tema no es sencilla porque acá también se entremezclan dos cuestiones, la primera es la aplicación de la ley en el tiempo a los procesos en trámite y la segunda es el comienzo de los derechos sucesorios del cónyuge viudo o, dicho de otra forma, la ley aplicable a los derechos sucesorios del esposo sobreviviente.

Rivera sostiene que la aplicación de la ley nueva a los procesos en trámite importa volver sobre una relación -la procesal- constituida con la demanda, reconvención y contestaciones, por lo que incluso sería contraria a la misma regla general del efecto inmediato del artículo 7°, primer párrafo, según la extensión que le da Roubier [15].

Por nuestra parte entendemos que la cuestión acá planteada se soluciona con la aplicación del artículo 2644 que establece que la ley que rige las sucesiones es la vigente al momento de la muerte del causante; ello así, si la sucesión se abrió antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial unificado, como el derecho real de habitación no se concedía automáticamente de pleno derecho, para que el derecho de habitación fuera oponible a terceros era necesario su inscripción en el Registro de la Propiedad que correspondiera (art. 2505 del Cód. Civ.). Ello implica que recién a partir del 1° de agosto el derecho puede considerarse otorgado de pleno derecho al cónyuge supérstite.

#### **11. La legítima**

Los herederos legitimarios tienen menor porción legítima asignada, conforme el artículo 2445: "La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio".

De tal modo, los dos primeros órdenes hereditarios tienen una reducción en la porción que les atribuía el anterior Código: cuatro quintos y dos tercios, según los artículos 3593 y 3594, respectivamente. Esta "modificación de las porciones legítimas" es uno de los "cambios significativos" que se introducen en la nueva normativa. En los Fundamentos del Anteproyecto se manifiesta que ello responde "a una doctrina mayoritaria que considera excesiva las porciones establecidas por Vélez Sársfield y más justo ampliar las posibilidades de libre y definitiva



---

disposición del futuro causante".

Ello nos lleva a preguntarnos desde cuándo se produce la reducción de las porciones legítimas de los herederos forzosos, si desde la muerte del causante o desde la apertura del juicio sucesorio.

Pensemos en un causante que murió en agosto del año 2014 y que su proceso sucesorio es abierto en septiembre del 2015 después de la entrada en vigencia del nuevo Código. En este caso, ¿cuál será la legítima de sus sucesores?

Acá nuevamente la respuesta viene dada por la ley que se aplica a las sucesiones ab intestato que se encuentra contenida en el artículo 2644 del Código que determina que la ley que rige las sucesiones es la vigente al momento de la muerte del causante.

Por lo tanto, para todas las sucesiones en que el causante muera antes del 1° de agosto las legítimas son las que establece el Código Civil y para las sucesiones en que el difunto fallezca con posterioridad a esa fecha, las legítimas serán las reducidas por el Código Civil y Comercial unificado, pudiendo darse el caso de que los hijos tengan una legítima superior en la sucesión del padre y una inferior en la de su madre, dependiendo de la fecha del deceso de los progenitores.

## 12. La acción de reducción

El artículo 2459 establece que "La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901".

La cuestión a considerar es desde cuándo comienza la vigencia de esta norma; ello implica dilucidar si debe considerarse que la norma se aplica a las donaciones realizadas con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial y que el plazo se comienza a contar desde la adquisición de la posesión, cualquiera sea el tiempo en que se ha producido, o si sólo va a tener efectos hacia el futuro.

Creemos que el tema se soluciona con la aplicación del segundo principio establecido por el artículo 7° del Código Civil y Comercial que es el de la irretroactividad de la ley.

Pensamos que no se puede aplicar retroactivamente el artículo 2459 y que, por ende, el plazo de prescripción comienza a correr a partir del 1° de agosto de 2015.

## 13. Aplicación de la ley en el tiempo y proceso sucesorio

El Código Civil y Comercial unificado ha dedicado un título especial al proceso sucesorio, contenido en el Libro Quinto.

El sistema jurídico receptado en la Constitución Nacional establece que los Códigos de fondo son regulados en forma exclusiva por el gobierno federal, mientras que las leyes de procedimiento son establecidas por cada provincia en particular.

El Código Civil y Comercial se aparta de esta norma relativa a la división de poderes entre la Nación y las provincias y regula en su articulado tanto el proceso de familia como el proceso sucesorio, que hasta el momento ha sido competencia exclusiva de los Estados provinciales de conformidad con lo establecido por los artículos 121, inciso 5°; 75, inciso 12; 116 y 117 de la Constitución Nacional.

Puede pensarse que este avance de la legislación nacional por sobre las normas procedimentales provinciales es contrario a la división de poderes entre las provincias y la Nación, establecida en la Constitución Nacional y que las provincias preservan celosamente, y por lo tanto que ellas son inconstitucionales.

No creemos que las normas relativas al proceso sucesorio sean inconstitucionales. Lo que ocurre es que el sistema del Código Civil y Comercial unificado impresiona porque se presenta ordenando en un título el llamado *Proceso sucesorio*, que convoca a pensar en competencia provincial, pero desde siempre han existido normas procesales en el Código Civil, como las de "declaración de demencia" (arts. 140 y ss.); las referentes al trámite y prueba y competencia a seguir en los procesos de separación y de divorcio vincular (arts. 205, 215, 232 y 236); las que regulan la competencia, trámite y efectos de los recursos en los juicios de alimentos (arts. 227, 228, 374, 375 y 376), así como las del juicio de adopción o las que determinan la competencia sucesoria, y tales normas procesales nunca se declararon inconstitucionales.

Por otra parte, hay una multiplicidad de normas procesales nacionales que han sido dictadas por el Congreso de la Nación, entre ellas cabe mencionar la ley 26.485, llamada también Ley de Protección Integral a la Mujer, que

---

en su Título III se ocupa de los procedimientos en dos capítulos. En el primero se establecen los derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales y administrativos que son obligatorios para la Nación y las provincias, mientras que en el segundo se regulan los procedimientos que sólo rigen en forma obligatoria en la Nación, siendo libres las jurisdicciones locales de dictar las normas de procedimiento o adherir al régimen procesal previsto por la ley.

El sistema propugnado por el Código Civil y Comercial unificado sigue la antigua doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que establece que las normas procesales dictadas por la Legislatura nacional son constitucionales, en tanto resulten esenciales para la vigencia de la institución de fondo, y es similar al seguido por la ley 26.485, en tanto sólo establece principios uniformes mínimos, que aparecen como imprescindibles para hacer efectivos los derechos de fondo establecidos en el Código Civil y Comercial unificado, pero se abstiene de regular los procedimientos en sí.

El proceso sucesorio ha sido regulado en el Título VII del Libro Quinto en seis capítulos relativos a las "disposiciones generales", "la investidura de la calidad de heredero", "el inventario y el avalúo", "la administración judicial de la sucesión", "el pago de deudas y legados" y "la conclusión de la administración judicial".

La cuestión a determinar es cómo se aplican estas normas del proceso sucesorio a los procesos en trámite.

Siguiendo el criterio de la Corte Suprema de la Nación podemos afirmar que en principio las normas de índole procesal son de aplicación inmediata.

Así lo ha sostenido el más alto tribunal de la Nación en la causa "Medina", donde señaló que "Las leyes que organizan los procedimientos son de inmediato aplicables a los juicios en trámite, en tanto no se invaliden actuaciones cumplidas con arreglo a las leyes anteriores" [16].

Por otra parte, siguiendo a Rivera, admitimos que "no siempre el Código Civil y Comercial resulta necesariamente de aplicación inmediata a las causas judiciales en trámite. Por el contrario, ello puede resultar en una afectación retroactiva de la relación procesal, en la violación de la garantía del debido proceso al vulnerarse el derecho de alegación y prueba, y concluir en una sentencia incongruente con lo pedido por las partes" [17].

Pero también hay que tener en cuenta que el proceso sucesorio es un proceso voluntario en el cual en general la aplicación inmediata de la ley nueva resulta más sencillo porque no se tropieza con la dificultad de la traba de la litis ni de la violación al derecho de defensa, salvo en aquellas cuestiones controvertidas.

Creemos que en relación a la aplicación de la nueva ley procesal corresponde distinguir -por lo menos- dos situaciones [18]:

1°) Las nuevas normas procesales no pueden aplicarse, por lógica, a los procesos concluidos con sentencia firme, pues si se pretendiera su aplicación retroactiva ello sería jurídicamente inválido; así, pues, al avanzar sobre los derechos "adquiridos" a partir de esa sentencia firme, la pretensión se vuelve claramente inconstitucional [19]. En tal sentido no se podría exigir que a los fines de la transferencia de bienes registrales los herederos que tienen la posesión de la herencia de pleno derecho hubieran requerido declaratoria de heredero conforme lo establecido por el artículo 2337 del Código Civil y Comercial unificado, para realizar transferencias antes del 1° de agosto de 2015 (aunque en los hechos se exigía).

2°) Sólo podrían aplicarse las nuevas normas procesales, a partir de la entrada en vigencia del Código unificado, según los artículos 5° y 7°, "a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes"; esto es, a aquellos juicios iniciados y no concluidos, o pendientes, en lo que fuera pertinente y considerando la preclusión de actos o etapas realizadas. Como tiene dicho la Corte Suprema: "las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia, aun en caso de silencio de ellas, se aplican de inmediato a las causas pendientes, siempre que no importen privar de validez a los actos procesales cumplidos [20], o que no contengan disposiciones de las que resulte un criterio distinto" [21].

Explica Descalzi que no está de más recordar que el principio de preclusión hace a la estructura misma de los "juicios". En general, la idea de "proceso" impone que, agotados los plazos que se conceden para realizar los actos, se considere "precluida" la posibilidad de ejecutar los no realizados, y que habrían podido realizarse, o de reeditar los ya concretados, debiéndose pasar a la etapa siguiente.

Es cierto que los jueces podrían disponer que los procesos ya iniciados continúen su trámite según las normas procesales anteriores, esto es, la ultraactividad de normas derogadas para juicios "residuales". Sin embargo, sobre esto la Corte Suprema tiene dicho que "se crearía una interminable confusión en los procedimientos si cada caso debiera ser solamente sustanciado de acuerdo con las reglas procesales vigentes cuando los hechos ocurrieron" [22].

#### **14. Determinación de los sucesores. La capacidad para suceder de los embriones no implantados**

---

Una de las cuestiones más difíciles de decidir es si los embriones no implantados son o no sucesores del causante. En tal sentido hay que tener en cuenta que el Pacto de San José de Costa Rica establece que se es persona desde el momento de la concepción, y que igual orientación ha tenido el artículo 19 del Código Civil y Comercial unificado.

En este orden de ideas, si se reconoce el derecho de la persona humana desde el momento de la concepción, se deben determinar los derechos sucesorios de los embriones congelados y no implantados y los de los niños que nazcan de gametos criopreservados.

El artículo 2279 del Código Civil y Comercial unificado se ocupa de las personas que pueden suceder, señalando que "Pueden suceder al causante:

"a) las personas humanas existentes al momento de su muerte;

"b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida;

"c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561;

"d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento".

En el Proyecto originario decía: "Pueden suceder al causante [...] c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 563".

El artículo 563 del Proyecto disponía: "En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento.

"No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos:

"a) la persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 [consentimiento informado] o en su testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento;

"b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso".

En el texto del CCyC aprobado por la ley 26.994 se modifica el artículo 563 y se suprime la posibilidad de que la persona dé su consentimiento para que los embriones se transfieran a la mujer dentro del año posterior al fallecimiento, y el artículo 2779 remite al artículo 561 que simplemente dice: "La instrumentación de dicho consentimiento [informado del art. 560] debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión".

En conclusión, como explica Ferrer, el sistema es complejo: "con las reformas introducidas, al suprimirse la filiación *post mortem* y establecer que la existencia de la persona humana comienza con la concepción, sin más aclaraciones, quedamos en una situación compleja similar a la que se daba antes de la sanción del Código Civil y Comercial, pues la remisión al artículo 561 no soluciona las cuestiones.

"En efecto: para que exista filiación y derecho sucesorio del hijo nacido con auxilio del tratamiento médico, respecto del progenitor fallecido, ambos usuarios de la técnica tienen que haber prestado y suscripto el consentimiento informado del artículo 560, con las formalidades del artículo 561, y además renovado ese consentimiento antes de proceder a la utilización de los gametos o de la implantación del embrión, puesto que puede ser libremente revocado (últimos párrafos de los arts. 560 y 561). O sea, la mujer tiene que haber sido fecundada, o el embrión tiene que haber sido implantado con el consentimiento renovado de ambos usuarios a la fecha de la muerte del esposo o conviviente de la mujer, para que la criatura nacida de este procedimiento tenga vínculo filiatorio y derecho hereditario con respecto a ambos progenitores y pueda suceder al fallecido, siempre que nazca con vida (arts. 21, 562 y 2279, incs. a, y b). Por lo tanto, si el hombre falleció antes de renovar su consentimiento para la transferencia del embrión, el consentimiento inicial que prestó queda privado de efectos y la mujer impedida de obtener la implantación del embrión, que será descartado y destruido como una cosa inservible, o destinado a la investigación, privándolo de la posibilidad de continuar su desarrollo vital" [\[23\]](#).

Cabe señalar que en la mayoría de las legislaciones europeas la aplicación *post mortem* de las técnicas procreativas está prohibida, y si no obstante se utiliza, sus consecuencias se rigen por el Derecho común. Así ocurre en el Derecho francés: respecto a la filiación *post mortem*, como no está reglada la situación de los hijos nacidos de una técnica de procreación médicamente asistida no contemplada por la ley [\[24\]](#), se aplican las reglas del Derecho común: si se prueba la existencia del vínculo biológico entre el niño y el hombre fallecido, cuyo semen se utilizó en la técnica procreativa y ha prestado su consentimiento para su aplicación, el juez habrá de

---

declarar la filiación; pero no podrá heredar porque lo impide el artículo 725 del Código Civil francés, en razón de que no existía a la fecha de la muerte del causante.

Cabe recordar que el doctor Borda al comentar el Proyecto de Código Civil de 1998 criticaba la posibilidad de que niños que nazcan de técnicas de fecundación asistida puedan tener derechos sucesorios. Concretamente señalaba: "Lo cierto es que al conferirle derechos sucesorios al nuevo ser, se estimula la práctica de un procedimiento que es por hipótesis ilícito. Y se alienta la posibilidad de dar vida a un ser destinado inexorablemente a no tener padre en la vida real aunque lo tenga genéticamente" [25].

Entendemos que la solución sobre los derechos hereditarios de las personas que nazcan después de la muerte de los dadores de gametos debe ser absolutamente clara, no puede dejar lugar a dudas, para evitar cualquier tipo de inseguridad jurídica; independientemente de que la ley que reglamente las técnicas de fecundación asistida realice un tipo u otro de regulación, es en el Código Civil y Comercial donde se debe dar respuesta a los derechos sucesorios de los embriones no implantados y dar solución hereditaria a las personas que nacen después de la muerte del dador de los gametos. Lo cierto es que tales nacimientos son hoy en día técnicamente posibles, no se encuentra prohibida la crioconservación ni de gametos, ni de embriones; en consecuencia, creemos que debe interpretarse el CCyC en forma integral y establecer que quienes nazcan por técnicas de fecundación humana asistida realizadas *post mortem* no tienen derechos hereditarios, cuando al momento de su muerte el progenitor fallecido no hubiera renovado el consentimiento para la utilización de gametos o de embriones. Y que no es válido que en un testamento se autorice la utilización de gametos congelados, ni de embriones no implantados, porque el testamento tiene efectos *post mortem* y la voluntad procreacional debe ser otorgada antes de la muerte del causante.

Ejemplo: si el 2 de agosto de 2015 a las 10 de la mañana el progenitor renueva su consentimiento para implantar el embrión en el útero de su esposa el 3 de agosto y muere la noche del 2 de agosto, la mujer podrá implantar el embrión y el hijo nacido tendrá derechos sucesorios. En cambio, si no ha renovado su consentimiento no podrá realizarse la técnica y el embrión no podrá ser implantado, y de serlo no tendría derechos hereditarios aunque hubiera dado un consentimiento original para la realización de la técnica.

Lo que ocurre es que se requieren dos consentimientos: uno es el consentimiento para la realización de la técnica en sí, y otro es el consentimiento particular para cada vez que se va a utilizar el material genético o implantar embriones. El fundamento de este doble consentimiento está dado porque la base de la técnica es la voluntad, que debe existir al momento de la implantación.

En este sentido el Código unificado se aparta de la jurisprudencia vigente en nuestro país hasta la actualidad, la cual siempre ha permitido la utilización del material genético *post mortem*, en base al principio de que todo aquello que no está prohibido está permitido.

El primer fallo argentino que se conoce sobre la fecundación *post mortem* es el fallo del Tribunal de Morón dictado el 21 de septiembre de 2011. En este caso la señora Andrea Paula Gaudino planteó una acción declarativa para que se declarara que no existía impedimento alguno para que se le efectuara "el implante del material genético criopreservado" de su cónyuge premuerto en marzo de 2011. Dijo que contrajo matrimonio con el señor Javier Oscar Losinno el 22 de septiembre de 2005 y que no pudiendo lograr un embarazo por padecer una poliquistosis ovárica concurre con el cónyuge al Centro de Fertilidad y Reproducción Asistida Procreate. En ese lugar se les aconsejó una fertilización asistida. A esos fines, en el mes de junio de 2010 dieron el consentimiento para criopreservar material genético para un posterior implante. Agrega que en ese mismo mes y año se diagnosticó al señor Losinno un cáncer Linfoma no Hodking que le provocó la muerte el 13 de marzo de 2011. Afirmó contar con el decidido apoyo del grupo familiar del marido y que los suegros le cedieron los derechos sucesorios que les corresponderían. Sigue diciendo que el Centro de Fertilización le exige autorización judicial para seguir el tratamiento y concluye solicitando la autorización judicial para su realización [26].

El Tribunal decidió admitir la fecundación *post mortem* señalando: "La circunstancia de que el esposo de quien solicita autorización para someterse a un tratamiento de fertilización asistida prestó el consentimiento informado para postergar el inicio de la quimioterapia que su propia dolencia requería hasta obtener el material genético y luego lo entregó a la esposa para su preservación en una institución en la que ambos cónyuges realizaron el tratamiento de fertilización, y tal conformidad se mantuvo por los nueve meses que el esposo sobrevivió, resulta procedente recurrir a la figura del consentimiento presunto, y autorizar el tratamiento de fertilización asistida solicitado, puesto que estaba al alcance del marido revocar el consentimiento prestado y no sólo no lo hizo, sino que sus familiares directos confirmaron que era deseo del fallecido ser padre".

Por otra parte, el Tribunal afirmó que los artículos 19, CN y 25 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires consagran el principio de que todo lo que no está prohibido, está permitido. Es el llamado principio de legalidad, pilar del Estado de Derecho, del que se desprende que "únicamente la ley puede prohibir y ordenar y que nadie

---

puede ser privado de hacer lo que la ley no prohíbe" [27], y accedió a realizar la técnica.

Cabe señalar que a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial ley 26.994, tal técnica no podría ser realizada porque no basta que el consentimiento no sea revocado sino que se requiere la renovación del consentimiento para el caso [28].

Otro fallo que trata la cuestión de la fertilización *post mortem* es el resuelto por la sala 3ª de la Cámara Civil y Comercial de Mendoza en el año 2011. El caso trataba de una mujer que solicitó ante los tribunales autorización para utilizar los gametos de su esposo prefallecido, y en primera instancia se la denegaron porque el cónyuge no había renovado su consentimiento para la implantación, aplicando el Proyecto de CCyC antes de su sanción.

Las razones principales en las que fundó su rechazo la señora jueza fueron: a) la supresión de los artículos 562 y 563 del Anteproyecto de reforma del Código Civil por la Comisión Bicameral en el año 2011, artículos que justamente regulaban los supuestos de gestación por sustitución y filiación *post mortem* ante los graves dilemas éticos y jurídicos que presentaban; b) que en el caso resultaba evidente la ausencia de consentimiento expreso del fallecido señor D. para la extracción de sus gametos y la utilización de los mismos mediante técnicas de reproducción asistida en vida o *post mortem*, y c) que el derecho a la procreación se encuentra limitado por el derecho de los demás, en el caso concreto el derecho del niño por nacer a tener una familia, constituida por un padre y una madre.

El caso fue apelado ante la Cámara Civil y Comercial de Mendoza, quien debió decidir si la fecundación *post mortem* podía o no ser realizada teniendo en cuenta el Código Civil vigente, la Constitución Nacional y las Convenciones de Derechos Humanos. El tribunal señala que si bien comparte los fundamentos de la jueza de primera instancia, como el Código Civil y Comercial unificado no estaba sancionado correspondía aplicar la máxima de que todo lo que no estaba prohibido estaba permitido y, por lo tanto, autorizó a la actora a utilizar los gametos extraídos de su difunto esposo para su inseminación, a través de las prácticas de fecundación asistida que resulten necesarias conforme a la situación de la paciente, y mediante su consentimiento informado en los términos del artículo 7º, ley 26.862, toda vez que no existe ninguna regla de Derecho objetivo vigente que establezca una prohibición expresa en tal sentido. Y si ello es así, no cabe otra conclusión que la práctica está permitida dado el principio general del Derecho que establece que lo que no está prohibido está permitido y las disposiciones del artículo 19, Constitución Nacional.

En definitiva, la muerte es el hecho jurídico que causa, en el mismo instante en que se produce, la apertura legal de la sucesión de la persona fallecida y la transmisión de la herencia a los llamados a sucederle por la ley o el testamento (art. 2277). Este principio sucesorio tiene importancia en todo el Derecho hereditario, y fundamentalmente en el tema de la capacidad para suceder de los embriones no implantados. Entre otros, por los siguientes motivos: porque a ese tiempo debe verificarse el requisito de la existencia del sucesor (art. 2424, CCyC) y se determina su habilidad para suceder al causante (art. 2279, CCyC), o sea que en ese momento hay que tener las condiciones necesarias para ser heredero.

De todos esos principios surge que después de la vigencia del Código Civil y Comercial, el embrión no implantado, cuyo progenitor no hubiera renovado el consentimiento para su implantación, no tendrá derechos sucesorios, pues antes de su muerte no tiene derechos sucesorios. Cabe preguntarse por el valor a dar a un testamento que dispusiera que los embriones producidos por sus gametos sean transferidos a la mujer después de los 360 días del fallecimiento.

Creemos que tal cláusula es inválida por aplicación del artículo 2466 del Código Civil, que dice que el contenido del testamento, su validez o nulidad, se juzga según la ley vigente al momento de la muerte del testador, y a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial son inválidas las cláusulas testamentarias que autoricen por un plazo determinado las técnicas de fertilización asistida *post mortem*. Por otro lado, no dejamos de advertir que ésta es una mera interpretación doctrinaria y que podría llegar a sostenerse que aunque el artículo 563 del Proyecto disponía la posibilidad de autorizar mediante testamento los embriones supernumerarios, se podría llegar a pensar que aun cuando no está expresamente permitido y el referido artículo se suprimió, de todas formas como no está expresamente prohibido, la técnica de fertilización *post mortem* podría ser realizada y la persona tendría derechos hereditarios si se aplicara con amplitud el artículo 2279 del Código Civil y Comercial.

## 15. Conclusión

La norma contenida en el artículo 7º no da respuesta a todos los problemas que se presentan en la realidad relativos a la aplicación de la ley en el tiempo, sobre todo en materia sucesoria, donde en general se aplica la

---

nueva ley a partir de la muerte del causante. El principio del efecto inmediato tiene también excepciones como es lo relativo a la forma de los testamentos, que se rigen por la ley existente al tiempo de su dictado. El problema más serio se encuentra en la aplicación de las normas procesales que reglan el proceso sucesorio y que deberían ser aplicadas por todas las provincias a partir de agosto del corriente año, cuando no se han adecuado los ordenamientos procesales locales como para realizarlo; ello obliga a repensar seriamente la necesidad del dictado de normas complementarias sobre la aplicación de la ley en el tiempo en los temas más importantes, a fin de evitar inseguridades jurídicas y la necesidad del dictado de plenarios que retardarían la certeza a dar a las decisiones que los ciudadanos buscan en los tribunales.

La ley debería abordar y decidir:

Si los inmuebles afectados a bien de familia bajo el régimen de la ley 14.394 quedan automáticamente afectados al régimen de "vivienda" del Código Civil y Comercial.

Cuándo comienza a regir el plazo previsto en el artículo 510, inciso e, del Código Civil y Comercial, esto es, el 1° de agosto de 2015 o cuando empezó la convivencia anterior a esa fecha.

Si el plazo de prescripción adquisitiva previsto en el artículo 2459 del Código Civil y Comercial se aplica -o no se aplica- a las donaciones efectuadas antes del 1° de agosto de 2015.

Desde cuándo tiene derecho real de habitación la conviviente.

Qué sucede con los pactos sobre herencias futuras, realizados antes del 1° de agosto, que contemplan disposiciones contenidas en el artículo 1010 del Código Civil y Comercial.

En definitiva, estamos convencidos de que debería dictarse una ley que dé algunas reglas generales más precisas y contemple algunos casos particulares que ya se saben conflictivos [\[29\]](#).

[1] Artículos de doctrina escritos sobre el art. 7° del CCyC: MEDINA, Graciela, Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código, en L. L. del 15-10-2012, p. 1; L. L. 2012-E-1302; DFyP del 1-3-2013, p. 3; JUNYENT BAS, Francisco A., El Derecho transitorio. A propósito del artículo 7° del Código Civil y Comercial; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, El artículo 7° del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme, en L. L. del 22-4-2015; Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1° de agosto de 2015, en L. L. del 2-6-2015, p. 1; La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015; La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas en curso de ejecución, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2015, Número Extraordinario, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 137; RIVERA, Julio César, Aplicación del nuevo Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el Congreso), en L. L. del 4-5-2015, p. 1, AR/DOC/1424/2015; Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite. Algunas propuestas, en L. L. del 17-6-2015, p. 1, AR/DOC/1977/2015; PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., El Código Civil y Comercial y el federalismo, en L. L. del 6-5-2015; LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, La problemática de la aplicación temporal de las normas del nuevo Código Civil y Comercial, en elDial.com - DC1F0E, del 26-5-2015; PEYRANO, Jorge W., El "Codex superveniens" y su impacto sobre los juicios en curso, en L. L. del 4-6-2015; HEREDIA, Pablo D., El Derecho transitorio en materia contractual, en Revista Código Civil y Comercial, La Ley, Buenos Aires, Año 1, N° 1, julio de 2015, p. 3; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, El artículo 7° del Código Civil y Comercial y los procesos judiciales en trámite, en Revista Código Civil y Comercial, La Ley, Año 1, N° 1, julio de 2015, p. 16; DELL'OREFICE, Carolina y PRAT, Hernán V., La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho transitorio, en Revista Código Civil y Comercial, La Ley, Año 1, N° 1, julio de 2015, p. 19; ITURBIDE, Gabriela A. y PEREIRA, Manuel J., Efectos de la aplicación de la ley en el tiempo con relación a los derechos reales y a los privilegios, en Revista Código Civil y Comercial, La Ley, Año 1, N° 1, julio de 2015, p. 30; UZAL, María Elsa, Nuevo Código Civil y Comercial: la vigencia temporal, con especial referencia al Derecho Internacional Privado, en Revista Código Civil y Comercial, La Ley, Año 1, N° 1, julio de 2015, p. 50; OLMO, Juan Pablo y MENOSSI, María Paula, Capacidad jurídica y salud mental: aplicación del nuevo Código Civil y Comercial con relación al tiempo, en Revista Código Civil y Comercial, La Ley, Año 1, N° 1, julio de 2015, p. 61.

[2] Ver la polémica sobre el tema suscitada entre Kemelmajer de Carlucci y Rivera de la que dan cuenta los artículos aparecidos en revista La Ley: RIVERA, Aplicación del nuevo Código Civil y Comercial a los

---

procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el Congreso) cit.; Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite. Algunas propuestas cit.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1º de agosto de 2015 cit.

- [3] ROUBIER, Paul, *Le Droit transitoire (Conflicts des lois dans le temps)*, Paris, 1960; BORDA, Guillermo A., *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*, Buenos Aires, 1951; RAYCES, Alejandro, *Los derechos adquiridos en contratos sucesivos*, Buenos Aires, 1943; FIORE, Pascuale, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, trad. de Enrique Aguilera Paz, 3ª ed., Madrid, 1927; GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, *Sobre la significación del principio de no retroactividad de la ley*, en ADC 1966-45; CSJN, 1-10-87, J. A. 1988-I-94; LEVEL, V. P., *Essai sur les conflicts des lois dans le temps*, Paris, 1959; BACH, L., *Contribution a l'étude de l'application des lois dans le temps*, en RTDC 1969-405; DEKEUWER DEFOSSEZ, Françoise, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, Paris, 1977; HERON, Jacques, *Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (a partir du Droit Civil)*, en RTDC 1985-277. Bibliografía especial: MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Irretroactividad de la ley y el nuevo artículo 3º (Código Civil) (Derecho transitorio)*, Córdoba, 1976; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Irretroactividad de las leyes*, en L. L. 135-1485; BORDA, Guillermo A., *Efectos de la ley con relación al tiempo*, en E. D. 28-807; LLAMBÍAS, Jorge J., *Estudio de la reforma*, Buenos Aires, 1969, ps. 17 y ss.; WOLCOWICZ, Pedro, *Aplicaciones de la ley 17.711 a las relaciones jurídicas existentes*, en Juris 33-265; ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Reflexiones sobre la ley 17.711 de reforma al Código Civil*, en L. L. 130-1085; LÓPEZ OLACIREGUI, José M., *Efectos de la ley con relación al tiempo...*, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Nº 21, p. 71; PARDO, Alberto J., *El artículo 3º del Código Civil según la ley 17.711*, en L. L. 135-1354; MORELLO, Augusto M., *Eficiencia de la ley nueva en el tiempo*, en Examen y crítica de la reforma, La Plata, 1971, p. 59; CORTÉS, Hernán, *Los conflictos de las leyes en el tiempo y la reforma del Código Civil*, en L. L. 132-1283; NOVILLO SARAIVA (h), Lisardo, *La retroactividad de la ley en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil*, en J. A. Doctrina 1970-572; PERISSE, Pedro, *Aspectos de la ley 17.711*, en E. D. 24-975; ALLENDE, Guillermo L., *Artículo 3º del Código Civil: volver al Código Civil. Graves errores de la reforma y del III Congreso Nacional de Derecho Civil*, en L. L. 1977-A-703; *Sobre el artículo 3º del Código Civil. El contrato y las leyes transitorias sobre una réplica del Dr. Borda*, en L. L. 1977-B-857; BORDA, Guillermo A., *Sobre el artículo 3º del Código Civil a propósito de un artículo del Dr. Allende*, Guillermo L., en L. L. 1977-B-737; *Sobre el artículo 3º del Código Civil. Punto final a una polémica*, en L. L. 1977-C-755; RAFFO BENEGAS, Patricio y SASSOT, Rafael, *La intención de las partes y las leyes supletorias*, en J. A. Doctrina 1969-549; CLARIA, Enrique Luis y CLARIA (h), José Octavio, *Ámbito de aplicación temporal de la ley*, en E. D. 56-785; en la nota publicada en E. D. 36-729, y en la nota de autoría de AMADEO, José Luis, en L. L. 1976-D-592.
- [4] ROUBIER, Paul, *Le Droit transitoire (Conflicts des lois dans le temps)*, Presentation de Louis Agustin Barriere, Dalloz, Paris, 2014.
- [5] ROUBIER, *Le Droit transitoire (Conflicts des lois dans le temps)* cit., 1960.
- [6] CSJN, "Eusebio, Felipe (suc.)".
- [7] ROUBIER, *Le Droit transitoire (Conflicts des lois dans le temps)* cit., p. 187.
- [8] ROUBIER, *Le Droit transitoire (Conflicts des lois dans le temps)* cit., p. 310.
- [9] CNCiv., sala K, 14-8-2003, "E., A. C. c/G., R. R.", L. L. 2003-E-763, AR/JUR/ 1219/2003.
- [10] ROUBIER, *Le Droit transitoire (Conflicts des lois dans le temps)* cit., p. 313.
- [11] OLMO, Juan Pablo, *Derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en DFyP 2014 (noviembre), p. 121, AR/DOC/ 3855/2014.
- [12] Conf. OLMO, *Derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el Código Civil y Comercial de la Nación* cit.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y*

---

situaciones jurídicas existentes cit., p. 107.

- [13] KEMELMAJER DE CARLUCCI, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes cit., p. 142.
- [14] CNCiv., en pleno, 15-8-79.
- [15] RIVERA, Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite. Algunas propuestas cit.
- [16] "Medina", de 1951 (Fallos: 220:30). Más actuales, por ejemplo: "Pluspetrol SA", de 2003 (Fallos: 326:2095); "YPF SE", de 2001 (Fallos: 324:1411); "Cirigliano", de 2000 (Fallos: 323:1285); "Jorge García", de 1998 (Fallos: 321:1757, voto del juez Boggiano); "Francisco Costa", de 1996 (Fallos: 319:1915, voto del juez Fayt).
- [17] RIVERA, Aplicación del nuevo Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el Congreso) cit.
- [18] DESCALZI, José Pablo, El Derecho Procesal en el Código Civil y Comercial unificado, en D. J. del 10-12-2014, p. 7, AR/DOC/4217/2014.
- [19] CSJN, 1991, "Gaggiamo", Fallos: 314:1477.
- [20] Las nuevas leyes no pueden "desconocer las actuaciones válidamente cumplidas con anterioridad a su sanción", in re "Bogado", de 1958 (Fallos: 241:123).
- [21] CSJN, 1961, "Cafés, Chocolates Águila y Productos Saint Hnos. SA", Fallos: 249:343.
- [22] "Magín Suárez", de 1987 (Fallos: 310:2845).
- [23] FERRER, Francisco A. M., Personas que pueden suceder al causante, en L. L. del 13-3-2015, p. 1; DFyP del 6-4-2015, p. 91; AR/DOC/685/2015.
- [24] El Código de la Salud Pública francés exige expresamente que ambos usuarios de las técnicas de procreación asistida deben estar vivos, en edad de procrear y consentir previamente la transferencia de embrión o la inseminación artificial, estableciendo a la vez que las técnicas procreativas sólo tienen por objeto remediar la infertilidad de una pareja o evitar la transmisión al niño o a un miembro de la pareja de una enfermedad de particular gravedad (art. L-2142-2).
- [25] BORDA, Guillermo, Observaciones al proyecto de nuevo Código Civil, en E. D. del 2-6-98.
- [26] Trib.Fam. Nº 3 de Morón, 21-11-2011, "G., A. P.", Abeledo-Perrot: AP/JUR/ 289/2011.
- [27] ZARINI, Helio Juan, Constitución Argentina comentada y concordada, Astrea, Buenos Aires.
- [28] El fallo del Trib.Fam. Nº 3 de Morón, 21-11-2011, "G., A. P.", fue comentado por las alumnas DE LA TORRE, Natalia y UMAN, Nadia, Fecundación "post mortem", consentimiento presunto del marido y principio de legalidad, en RDF 2012III-122, Sección Jurisprudencia anotada.
- [29] RIVERA, Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite. Algunas propuestas cit.



---

© Rubinzal Culzoni. Todos los derechos reservados. Documento para uso personal exclusivo de suscriptores a nuestras publicaciones periódicas y Doctrina Digital. Prohibida su reproducción y/o puesta a disposición de terceros.